



GIACINTO DELLA CANANEA*

IL DIRITTO PUBBLICO DELLA “SOCIETÀ EUROPEA”**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Betti e le potenzialità dell’interpretazione giuridica. – 3. Una nuova interpretazione del Trattato: il concetto di “società europea. – 4. Problemi e prospettive.

1. Introduzione

Si può passare da un’integrazione avviata da alcuni Stati, “determinati a porre le fondamenta di una unione sempre più stretta fra i popoli europei” (è la nota formulazione impiegata dal preambolo del Trattato di Roma del 1957, istitutivo della Comunità economica europea), a una nuova fase storica, al centro della quale vi è una società democratica europea? Quali dovrebbero esserne le caratteristiche essenziali, non soltanto sul piano dei valori, ma anche sul piano delle regole operative, indispensabili per il buon funzionamento dei poteri pubblici e, in ultima analisi, per l’ordinata convivenza civile? Quali strumenti dovrebbero essere utilizzati, per contrastare i comportamenti incompatibili rispetto a quei valori, segnatamente da parte di uno o più governi nazionali?

Il libro di Armin von Bogdandy (*Strukturwandel des öffentlichen Rechts. Entstehung und Demokratisierung der europäischen Gesellschaft*, Berlin, Suhrkamp, 2022), uno degli apporti più significativi nell’attuale fase della riflessione giuridica, fornisce spunti di grande importanza per impostare correttamente l’esame delle questioni appena indicate, prima ancora che per cercare di risolverle. Proprio perché è necessario impostarle correttamente, visto che von Bogdandy prospetta un’interpretazione innovativa del Trattato istitutivo dell’Unione europea, può essere di qualche utilità prendere le mosse dalla teoria dell’interpretazione elaborata da uno studioso italiano che ebbe uno stretto legame con la cultura giuridica tedesca, Emilio Betti. Sulla scia del suo insegnamento, nella prima parte di questo breve scritto sosterrò che ci sono vari tipi di operazioni giuridiche e che alcune si discostano dalle

* Professore ordinario di Diritto amministrativo – Università Bocconi.

** Intervento in occasione del convegno dal titolo “L’emergere e la democratizzazione della società europea: una nuova lettura del diritto pubblico europeo”, tenutosi presso il Dipartimento giuridico dell’Università degli studi del Molise, a Campobasso, il 20 novembre 2023.

Si ringrazia il dott. Daniele Avitabile per la trascrizione del testo dell’intervento.

altre perché prospettano una interpretazione innovativa che può avere conseguenze sulla convivenza sociale. Nella seconda parte mi soffermerò su alcuni passaggi particolarmente significativi del libro di von Bogdandy. Nella terza ed ultima parte, illustrerò alcune difficoltà che si frappongono agli sviluppi che egli reputa auspicabili.

2. Betti e le potenzialità dell'interpretazione giuridica

Nella *Teoria generale della interpretazione* (Milano, Giuffrè, 1955, cui si riferiscono le citazioni effettuate di seguito), Betti non si limitò a delineare le caratteristiche dell'interpretazione giuridica, ma la collocò nel quadro di una più ampia teoria ermeneutica. Egli distinse vari tipi di interpretazione, ossia l'interpretazione in funzione meramente ricognitiva (filologica) o riproduttiva (per esempio, nell'arte drammatica o nella musica) oppure in funzione normativa, cioè "l'intendere preordinato al fine di regolare l'agire alla stregua di massime che si desumono dalle norme" (II, p. 790).

Betti indicò con precisione i tratti distintivi dell'interpretazione in funzione normativa. Innanzitutto, "dato che l'enunciazione precettiva è destinata a determinare la maniera di comportarsi in avvenire ..., sorge la necessità di chiarire il senso in cui il precetto dev'essere inteso" (II, p. 805). Vi è, al riguardo, una notevole differenza rispetto all'interpretazione di opere di pensiero. Si tratta, infatti, di "intendere per agire o, comunque, per decidere" (II, p. 802), perché "le norme giuridiche sono strumenti a fini di convivenza sociale" (II, p. 817). Per l'interpretazione normativa, quindi, conta, e conta molto, la messa in pratica (*Anwendung*).

I presupposti e le conseguenze di questa impostazione hanno una precisa importanza ai fini dell'argomentazione che verrà sviluppata nelle pagine che seguono. Tra i presupposti, vi è una concezione dell'ordinamento giuridico ben diversa rispetto a quella incentrata sulle norme: esso è "un organismo in perenne trasformazione, che segue e rispecchia da vicino il movimento e le trasformazioni della vita politico-sociale". È una concezione non lontana da quella elaborata da Santi Romano nella sua opera maggiore, *L'ordinamento giuridico* (Firenze, Sansoni, 1946, II ed.). È, va aggiunto, una concezione in cui si manifesta la piena consapevolezza del fatto che, nel diritto, vi è assai di rado una situazione che possa essere descritta attraverso la metafora della "tavola rasa", utilizzata da alcuni studiosi della Rivoluzione francese, ma contestata da Alexis de Tocqueville, segnatamente per quanto concerne alcuni tratti dell'*Ancien régime*, l'accentramento e la giustizia amministrativa. Betti segnalò, infatti, che il più delle volte nell'evoluzione dell'ordinamento permangono "vecchi organi e strutture", per i quali peraltro si può constatare "il loro progressivo indirizzarsi a nuove funzioni mediante una trasposizione e conversione interpretativa" (II, p. 827).

Il concetto di "conversione interpretativa" ha un'importanza speciale, ai nostri fini. Betti non esitò a riconoscerne, insieme al carattere innovativo, la componente volitiva, al limite dell'arbitrio: essa, affermò, è "frutto di un arbitrio. Tuttavia, se il senso raggiunto per tale via si dimostra rispondente alle esigenze pratiche della convivenza, ... ciò potrà giustificarsi

come una *felix culpa*” (II, p. 947). E’ il riconoscimento della rilevanza dell’interpretazione normativa per la società tutta, per la convivenza civile, il lascito intellettuale di Betti. Resta sullo sfondo, invece, lo scetticismo che manifestò negli ultimi scritti sulla possibilità di un “diritto di convivenza europeo”.

3. Una nuova interpretazione del Trattato: il concetto di “società europea”

L’aver fatto riferimento alla teoria dell’interpretazione prospettata da Betti consente di porre le premesse di ordine metodologico indispensabili sia per cogliere quanto vi è di nuovo e di originale nella ricostruzione elaborata da von Bogdandy, sia per trarne le debite conseguenze in rapporto ai principi che fanno parte del “nucleo costituzionale” comune. A tal fine, giova distinguere i presupposti, alcuni passaggi dell’argomentazione e le implicazioni che ne discendono.

Tra i presupposti, vi è, innanzitutto, la piena consapevolezza che, all’interno del gruppo di Stati che hanno accettato di instaurare una “unione sempre più stretta” tra i rispettivi popoli, vi è un diritto pubblico che non è fondato sullo Stato (*“Offentliches recht ohne Staatsrecht”*: *Strukturwandel des öffentlichen Rechts*, § 12). È un diritto che presuppone gli Stati, ma non è il diritto pubblico dello Stato. Questo tratto innovativo è chiarito nella parte iniziale della premessa. Vi è poi un aspetto che riguarda la scienza giuridica. Come si è notato in precedenza, Betti sottolineò che l’interpretazione normativa non ha una funzione meramente descrittiva, bensì serve a “intendere per agire o, comunque, per decidere”. Ne fornisce un’eloquente dimostrazione il ruolo assunto dalla scienza giuridica nel processo d’integrazione europea. Essa non si è limitata a ciò che avrebbe fatto la vecchia scuola dell’esegesi, bensì ha concorso – con la giurisprudenza della Corte di giustizia – a elaborare un’interpretazione innovativa in rapporto a questioni fondamentali, come i principi che reggono i rapporti tra l’ordinamento giuridico comunitario e gli ordinamenti nazionali (effetto diretto, primazia del diritto comunitario) e il rilievo giuridico da attribuire ai diritti fondamentali, malgrado l’assenza di un *Bill of rights*.

Coerentemente con il riconoscimento di questo ruolo della scienza giuridica, von Bogdandy propone una nuova interpretazione dell’articolo 2 TEU. Questa disposizione stabilisce che “L’Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell’uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini”. Nell’interpretare la disposizione, molti hanno ribadito l’importanza del riferimento ai “valori” su cui l’Unione europea si fonda, nella prospettiva d’una dimensione assiologica che va ben oltre gli interessi comuni, l’esistenza dei quali è ammessa anche dagli studiosi più critici rispetto all’integrazione più stretta che si è realizzata dopo il 1992. Altri hanno dedicato specifica attenzione ai singoli valori, sottolineando che la scelta di fare riferimento

alla dignità umana e alla libertà, alla democrazia e allo stato di diritto, nonché al rispetto dei diritti umani, comporta una discontinuità rispetto agli ordinamenti nei quali, in passato, il rispetto di quei valori non era garantito. Altri, ancora, hanno messo in luce il carattere innovativo rivestito dai riferimenti al pluralismo, alla tolleranza, alla solidarietà, la parità tra uomini e donne.

Il punto centrale, nel ragionamento svolto da Armin von Bogdandy, è che tutti questi valori hanno una speciale importanza perché configurano – sul piano del dover essere - una società europea, non una semplice unione tra Stati. L'elemento innovativo, o - per utilizzare l'ordine di concetti elaborato da Betti – la conversione interpretativa concerne, appunto, il modo in cui si deve intendere la locuzione “società” (“*Interpretation des Worts Gesellschaft in art. 2 EUV*”: § 2). In passato, le operazioni ermeneutiche sviluppate dai giuristi hanno trascurato l'elemento sociale, perché ciò che contava di più nella cultura dei giuristi non era la società, ma lo Stato, visto come l'ambito per eccellenza del diritto pubblico. Secondo von Bogdandy, invece, quello che davvero conta è il cuore democratico della società europea (“*demokratischer Herz der Europäischen Gesellschaft*”: § 1). I valori enunciati dall'articolo 2, compongono il nucleo costituzionale della società democratica europea, un nucleo complesso e pluralista (§ 34). Essi vanno altresì considerati, riguardati come altrettanti principi giuridici. In questo senso, il costituzionalismo delineato da von Bogdandy è basato sui principi (“*Transformativer Konstitutionalismus ist zumeist prinzipienbasiert*”: § 27). Tornando alle parole di Betti, il “senso raggiunto per tale via si dimostra rispondente alle esigenze pratiche della convivenza”, perché mediante la nuova interpretazione attribuita alla locuzione “società” viene delineato un diritto di convivenza europeo. È un diritto “esigente” che richiede un adeguamento delle condotte dei poteri pubblici: occorre, cioè, che l'assetto istituzionale dell'Unione sia coerente rispetto a quei principi e che la condotta delle istituzioni politiche, amministrative e giurisdizionali nazionali vi si conformi.

4. Problemi e prospettive

Le considerazioni abbozzate nel paragrafo precedente riguardano principalmente il nesso tra l'importanza che von Bogdandy attribuisce alla “società europea” e i principi del costituzionalismo “trasformativo” che reputa acconcio, necessario per la convivenza civile. L'andare oltre implicherebbe un'analisi delle ragioni per cui questa opzione è preferibile rispetto ad altre. In questa ricerca bisognerebbe anche tenere conto del fatto che il diritto può influire sull'evoluzione della società in due modi: con impatto pronto, nel breve periodo, ovvero con ripercussioni più lente, diluite nel tempo. Il saldo netto dei due effetti è difficile da configurare *ex ante*, posto che sia compito degli studiosi cimentarsi in predizioni. Per tali motivi allo stato attuale è difficile andare oltre la ricerca di prime correlazioni semplici, tra l'enfaticizzazione della società europea e i valori e i principi dell'UE.

Si possono, invece, esaminare, in prima approssimazione, alcune questioni sollevate dalla ricostruzione prospettata da Armin von Bogdandy. La prima è di ordine metodologico. A

questo riguardo, non occorre prendere posizione nel dibattito, da lungo tempo in corso in sede filosofica, tra la concezione elaborata dal Kant della *Fondazione della metafisica dei costumi*, secondo cui nel “regno dei fini” ogni uomo deve trattare gli altri come fini e mai semplicemente come mezzi, e la ben diversa concezione che risale a Hegel. Ci si può chiedere, piuttosto, se e in quale misura la scienza giuridica possa limitarsi a constatare che gli enti fondatori dell’UE, gli Stati, hanno concordato che essa si fonda su un insieme di valori. La teoria giuridica offre ampie argomentazioni *a priori* per ritenere che sia altrettanto importante una verifica dell’esistenza e della rilevanza delle regole operative nelle quali i valori e i principi si concretizzano. Se i legami tra i valori e i principi, da un lato, e le regole operative adottate e attuate nei vari ordinamenti trovano convincenti riscontri nella ricerca empirica, su una varietà di temi e problemi, estesa a un sufficiente numero di paesi nella realtà attuale, può dirsi che vi sia una correlazione positiva per quei temi e problemi. La sua significatività non è smentita dall’assenza di correlazione riscontrabile in rapporto ad altri temi e problemi. Elenchiamo in estrema sintesi le principali risultanze emerse dall’analisi comparata svolta negli anni recenti: l’esistenza di *mid-level standards*, come l’obbligo di svolgere accurate istruttorie nel corso dei procedimenti amministrativi, il diritto di essere sentiti prima dell’adozione di decisioni aventi effetti potenzialmente sfavorevoli per i centri di riferimento degli interessi a vario titolo coinvolti, l’obbligo di fornire motivazioni acconce, quanto meno per le decisioni di tipo sfavorevole e per quelle che si discostano dai criteri generali oppure dai precedenti (G. della Cananea, *The Common Core of European Administrative Laws: Retrospective and Prospective*, Leiden, Brill, 2023). È forse superfluo ribadire come tali risultanze siano da sottoporre a verifica ulteriore, approfondita. Si può aggiungere che l’esistenza di correlazioni positive convive con la constatazione di correlazioni di segno negativo in rapporto ad alcuni *standard*, come il contraddittorio e la trasparenza, segnatamente in rapporto all’ordinamento ungherese, ancorché quelle mancate correlazioni siano considerate come altrettante deviazioni nelle pronunce della Corte europea dei diritti dell’uomo. Le implicazioni che ne discendono presentano rilievo sotto un duplice profilo: l’interpretazione dei valori e dei principi e le conseguenze derivanti dalla loro inosservanza.

Il primo aspetto è emerso nel dibattito in corso sul rispetto dello stato di diritto. A fronte delle rilevanti e persistenti violazioni, tra l’altro, dell’indipendenza della magistratura all’interno dell’ordinamento ungherese e di quello polacco, la Commissione e la Corte di giustizia, da un lato, e la Corte europea dei diritti dell’uomo, dall’altro, non hanno esitato a ribadire che si tratta di un corollario di un basilare valore, la *rule of law*. Né vale affermare, in senso contrario, che una sorta di prevaricazione, se non addirittura una propensione alla tirannia, si manifesti nell’imporre questa interpretazione ai *newcomers*, entrati a far parte dell’UE dopo il Duemila. Quanto meno, tale interpretazione era ben nota a tutti prima dell’ingresso nell’Unione, costituiva un preciso requisito ai fini dell’ammissione. Detto ciò, si può sottoporre la ricostruzione della società europea elaborata da von Bogdandy a una verifica basata sulla dimensione temporale. Ogni ordinamento, osservava Betti, è “un organismo in perenne trasformazione, che segue e rispecchia da vicino il movimento e le trasformazioni della vita politico-sociale”. Nell’ordine giuridico europeo, questa

componente dinamica si è manifestata con pienezza. Ha indotto una serie di mutamenti, relativi all'assetto delle istituzioni e allo *status* degli individui, che nel complesso configurano una mutazione complessiva, ben colta dal senso che von Bogdandy attribuisce alla società europea. Ma proprio il riconoscimento della dimensione del cambiamento e della circostanza che ciò ha consentito che nel corso del tempo si alternassero diverse interpretazioni induce a chiedersi se la concezione della società europea fondata sui valori e sui principi enucleati dall'articolo 2 TUE possa reggere all'emergere di trasformazioni della vita politica e sociale, all'affermarsi di movimenti e forze politiche che propugnano una revisione di quanto finora era considerato *jus receptum*, dalla libertà alla tutela dei diritti fondamentali. Si pensi – rispettivamente - all'invocazione della democrazia illiberale o ai tentativi di relativizzare la protezione internazionale spettante a quanti fuggono dai conflitti.

La questione appena segnalata va tenuta distinta dall'altra, con cui è sovente confusa, che riguarda la reazione dell'ordinamento alle condotte – anche di segno negativo, cioè all'inerzia – difformi dai valori e dai principi che connotano la società europea. Tale questione è stata già affrontata da Armin von Bogdandy in alcuni scritti precedenti. È stata riguardata alla luce della distinzione, che presenta un indiscutibile rilievo sotto il profilo giuridico, tra le violazioni individuali, anche gravi, e le violazioni di tipo sistemico. È stata considerata non senza spunti critici rispetto alle iniziative adottate dalle istituzioni dell'UE. L'impressione è che si sarebbe in ciascun caso potuto far meglio, anche molto meglio. Lo hanno impedito la sottovalutazione iniziale di alcuni fatti che avrebbero dovuto essere vagliati con maggiore rigore e la configurazione degli istituti di cui l'Unione si è dotata per garantire il rispetto dei valori e dei principi su cui essa si fonda, in particolare i meccanismi disciplinati dall'articolo 7 TUE. Purtroppo, i giuristi non possono esimersi dal valutare se la combinazione di norme, procedure e forme di supervisione (come i procedimenti di infrazione) abbia sensibilmente contribuito a ridurre le condotte che si discostano da quei valori e principi e a volte si spingono fino a contestarli apertamente. Può giovare un confronto più schietto, non travestito da dispute di natura metodologica, tra i giuristi? Va sottoposto a un vaglio più rigoroso di quanto si sia fatto finora l'uso improprio e finanche l'abuso della “identità nazionale” insita nella struttura costituzionale di ciascun paese? Se la questione è di tipo culturale, va ripensato l'insegnamento del diritto, inteso come strumento della convivenza sociale, non solo nelle facoltà giuridiche?

Ovviamente, nel valutare un'opera della scienza giuridica, è soprattutto importante l'aver cercato di fornire un senso, una visione complessiva, a problemi per i quali non esistono soluzioni semplici. L'aver elaborato, prospettato, discusso un'opzione ermeneutica, autenticamente innovativa, è quindi un grande merito. Lo è altrettanto la chiarezza. Di fronte all'alternativa costituita dall'enfaticizzazione delle tradizioni giuridiche nazionali rispetto alle tradizioni comuni, che esistono e alle quali fa riferimento l'articolo 6 TUE, nonché dalla ricerca del conflitto in luogo delle interpretazioni che consentono di evitarlo, la scelta di von Bogdandy è semplice e chiara: la via della costruzione di una società europea è lunga e difficile, ma è di gran lunga preferibile.